

中国乙肝歧视第一案的合宪性思考

何永红

(宁波大学法学院, 浙江宁波, 315211)

摘要: 乙肝歧视案蕴藏着丰富的宪法问题, 学界对此观点不一。该案所涉及的宪法权利系劳动权和参政权, 这种自由权利又与平等权发生竞合构成劳动平等权和参政平等权, 因而同时受到宪法平等原则的保护。综合衡量基本权的法益重要性、所受限制程度以及政府利益大小, 本案宜参照美国的严格审查标准进行宪法判断。本案无法通过严格审查标准的检验, 该种限制措施是违宪的。

关键词: 乙肝歧视; 宪法权利; 合宪性判断

中图分类号: D911.05

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2006)05-0554-04

一、案情简介^[1]

2003年安徽省芜湖市新芜区人民法院判决了中国乙肝歧视第一案。案中原告张杰于2003年6月在芜湖市人事局报名参加安徽省公务员考试, 其笔试和面试成绩均名列第一, 按规定进入了体检程序。但在其后的体检中张杰被检查出感染了乙肝病毒。9月25日, 芜湖市人事局依据《安徽省国家公务员体检标准》正式宣布张杰因体检不合格不予录用。10月18日, 张杰向安徽省人事厅提请行政复议, 但被驳回, 理由是体检不合格的结论是医院作出的, 而非芜湖市人事局作出的行政行为。原告不服, 遂以被告剥夺其担任国家公务员的资格, 侵犯其合法权益为由, 向人民法院提起行政诉讼, 请求依法判令被告的具体行政行为违法, 撤销其不准许原告进入考核程序的具体行政行为, 依法准许原告进入考核程序并被录用至相应的职位。

法院一审判决确认, 被告芜湖市人事局在2003年安徽省国家公务员招录过程中作出取消原告进入考核程序资格的具体行政行为, 主要证据不足。依照法律规定, 该行政行为应予撤销, 但鉴于招考工作已结束, 故该行政行为不具有可撤销内容。因此, 原告要求被录用至相应职位未获支持。

二、观点争鸣

本案引起了学界的广泛关注与热烈的争论。主

要争点为本案相对人涉嫌受侵犯的权利是什么? 是否侵犯了这些权利?

关于本案是否侵犯了我国宪法规定的劳动权问题, 学者郭春明认为, 我国《宪法》第四十二条规定, 公民有劳动的权利和义务, 但作为宪法权利的劳动权, 属于受益权的范畴, 与政治权利等参与权不同。它只能通过国家采取各种措施, 扩大就业, 保障公民都能有劳动的机会来实现, 而不是直接向国家提出要求劳动的请求。公民在未能获得适合其劳动的机会时, 无法直接行使请求权。因此, 芜湖市人事局的拒录行为不构成对张杰劳动权的侵犯。王振民则认为首先要有权利, 然后才有权利被侵犯的可能。从这个角度看, 本案中的劳动权还没有形成, 不存在被侵犯的问题。芜湖市人事局的做法实际上违背了宪法关于公民在法律面前一律平等的规定, 侵犯的是平等劳动的机会, 这属于平等权问题。杨建顺更认为我国《国家公务员录用暂行规定》要求公务员必须是“身体健康”, 这个标准具有充分的合理性, 与宪法上的就业、劳动机会均等等有关规定并不相悖。因此, 我们不能说拒绝招录乙肝病毒携带者就侵犯了我国《宪法》赋予公民的自由生活和工作的权利。但姜明安教授则质疑芜湖市人事局拒绝录用张杰为公务员的行为, 其合法性似乎存在如下瑕疵: 一则未能提出哪部法律、法规、规章的哪一条款规定乙肝病毒携带者不能被录用为公务员; 二则, 拒绝向其书面说明不予录用的理由是违反基本正当程序^[2]。

除上述见解外,也有许多人认为“乙肝歧视”一案侵犯了原告的平等权以及隐私权等相关的宪法权利,但学者殷啸虎认为这在很大程度上是对公民宪法权利的误解。因为平等的反面就是歧视,歧视的根本特点乃在于不合理差别。平等权条款不排除差别,当然仅限于合理差别,否则宪法无异于一纸空文。政府对公务员身体健康方面的特殊要求,属于合理差别的范围内,并没有构成对公民平等权的侵犯。其次,认为政府录用公务员时淘汰乙肝病毒携带者的这种行为侵犯了其人格和隐私权的主张也是不成立的,因为在此存在着一个隐私权和健康权的利益平衡问题,人的隐私权从来就不是绝对的,当它有损或者有让人怀疑有损公共利益的合理理由存在时,它就必须让位于公共利益而受到限制。对乙肝患者及病毒携带者进行必要的限制,主要目的在于保障社会健康人群的安全利益。但这一正当的目的应该有相应的利益协调机制。首先,这种利益平衡需要适用行政法上的比例原则。其次,必须建立和完善相应的保护制度,尤其是强化政府的指导职能和给付力度,以弥补因限制而给传染病患者带来的不便与损害^[3]。

三、学理探析

1. 本案中的宪法权利

本案是否如大多数人所认为不关涉劳动权问题?笔者认为实有必要对照中外法理作深入检讨。按照我国宪法,“劳动权又称劳动保障权,主要指的是获得劳动的机会和适当的劳动条件的权利。”^{[4](216)}通过考试获得公务员职务资格,毫无疑问是公民依法享有的获得劳动机会的一项权利,因此它是属于劳动权的性质。如上学者认为,劳动权是受益权(即社会权),不能直接向国家提出要求劳动机会的请求,故认为本案没有侵犯劳动权。笔者认为该观点不成立,因为劳动权虽然被归为社会权,但并不意味其绝无自由权的特质,相反地,社会权之中常蕴含自由权的性格。作为自由权的层面,劳动权应免除来自国家的侵害,此为劳动权的消极一面,它是劳动权作为社会权的基础。本案中芜湖市人事局以患乙肝为由对张杰不予录用,使他丧失担任公务员职位的劳动机会,该行政行为则有超越必要限度而构成对张杰劳动权的自由权层面的侵害之虞。

根据耶内耐克以“法重要性之情状”为标准而对基本权所作的三种类型的划分,参加公务员考试系其中的公民对国家的主动地位,即主动的法重要性

情状,又称国民参政权^①。参与公务员考试既是公民获得劳动机会的一种途径,又是公民管理国家事务的一个渠道,所以它的权利性质实为劳动权与参政权的竞合。如我国台湾地区宪法第十八条专门规定了人民有应考试服公职之权,台湾学者李惠宗解释该权有两种意义,“一为国家对人民一定工作资格的认定,此一意义与人民之工作权竞合。另一意义系国民基于与国家之主动关系而来之基本权,后者具有国民权之性质。”应考试服公职是兼具工作权(相当于我国宪法中的劳动权之意义)与国民权也即参政权性质的复合权利。

另有学者称本案系对乙肝患者平等权而非其他任何权利的侵害。这种说法是根本错误的,因为平等权并不是自由权以外的一种“额外”的权利,而是自由权的一种保障形式,“平等”本身并不创造权利,也不能超越任何实体权利而抽象存在,而只是保护某一实体权利不以某种特定方式受到限制或剥夺^{[5](474)}。也就是说,“平等权系一基础性之基本权,其本身并无意义,而必须与其他基本权竞合,而成为复数基本权”^{[6](125)}。本案所指的平等权受侵只能具体化为劳动平等权或参政平等权受侵才具有分析意义。

2. 合宪性判断的标准选择

然而本案所争议的宪法权利,如任何宪法权利一样,并非绝对不容限制,只是这种限制必须恪守于一定界限内。宪法权利的界限确定依赖于个案的具体情形。违宪审查发达的国家,主要借助于宪法解释中确立的宪法判断标准,在具体案件中界定宪法权利的内涵。在目前我国具有实效性的违宪审查制度尚付阙如,宪法解释技术还严重缺失的情况下,我们急需选择性地借鉴国外的成熟之宪法解释经验,尤其是违宪审查的判断标准,以便于形成对我国宪法事案进行学理判断的准据。综观国外违宪审查之技术与方法,主要有德国和美国两种模式。

德国联邦宪法法院的审判实践中,在判断一宪法自由权利是否受到侵害时,通常依据如下方法:按照正当程序标准即政府是否有正当理由限制或剥夺某一自由权利,此一标准的实质就是根据比例原则对不同事物性质的个案进行利益衡量,其具体操作是使某一立法(或政府措施)依次接受比例原则的三个子原则,即适合性、必要性和狭义比例性的检验。所谓适合性原则即是一个立法(或政府措施)的手段是否有助于目的的达成,若无法达到宪法权利限制的目的,即判定该立法(或政府措施)是不适当而违宪。必要性原则是指在前适合性原则已经获得肯定后,在所有能够达成立法目的之方式中,必须选择于

人民之权利最少侵害的方法。狭义比例原则是一种利益衡量方式,即手段所侵害的利益与手段所增进的利益必须成比例,也即手段的增益面必须大于手段的损益面。若该自由权的限制还涉及个体与个体之间的区别或差异,则其实质为平等权受到限制。联邦宪法法院通常以“合理差别”作为判断标准,至于判断差别如何为合理,德国联邦宪法法院则又借助“事物本质”这一工具进行价值上的拿捏。也即从个别立法目的探求“存在事物本身的法则”,“包括在事物中的秩序”和“决定利益价值的本质因素”^②。因此,德国联邦宪法法院对自由权和平等权的限制分别采用不同的判断标准。

而在美国最高法院的违宪审查和宪法解释中,通过普通法的判例制度,在宪法权利限制的具体案件的审查中,已累积出更精细的类型化多元标准。它们依据受限制的实体权利的位阶、立法(或政府措施)的利益重要性以及宪法权利受侵害的程度等因素的综合衡量,通常采取宽松不一的三重审查标准,即合理性审查、中度审查(日本称为严格的合理审查)和严格审查。所谓严格审查,即检验立法目的是否极其重要,手段与目的间是否具有紧密关联;所谓中度审查,即检验立法目的是否具有重要利益,手段与目的间是否具有实质关联;所谓合理审查,即检验立法目的是否具有正当利益,手段与目的间是否具有合理关联。这种标准将宪法自由权和平等权一同适用,而且每一审查标准的内部结构都已包含目的和手段间的合乎比例的关系,实已将德国式的概念化的比例原则进一步具体化,并舍弃了德国比例原则操作中的累赘而重繁的弊端^③。同时美国的多元标准结构较德国比例原则增加了立法目的的审查^④。本案系自由权与平等权的竞合,若参照德国模式的判断标准,则须先用比例原则的标准判断自由权的限制是否具有正当性,再用合理差别的标准来衡量平等权是否受侵犯。而美国模式的多元标准则有毕其功于一役的优势。综合两种审查标准之模式的优缺点,笔者主张引介和参照美国的类型化多元标准作为我国宪法事案例的判断标准。

3. 本案之宪法权利是否受到侵犯

本案所涉及的宪法权利系劳动权和参政权之竞合。我国台湾地区大法官兼学者吴庚有精辟的见解:在有多项基本权竞合的情形下,“若多项宪法保障的强度皆不相同,则必须以保障强度最高的规定为准,在最高度的保障下,仍有采取限制基本权措施的余地,才具有正当性。”^{[7](175)}日本学界之通说认为“劳动基本权之免于国家干涉的自由之层面受限制之场合等,应采用严格的合理性基准,而非仅仅适用

合理性基准,在此基准下,必须能依照事实显示存在着须除去或防止的重大弊端,以及事实上有必要对人权加诸该规制”^{[8](69)}。而参政权具有比劳动自由权更加重大的法益,各国法理均认为它是民主政治运作的基础。公民通过行使能动的政治权利,参与国家意志的形成或法秩序的创造。小林直树教授等日本宪法学家称其为一种为实现其他宪法权利而存在的宪法权利,具有“作为高层阶之手段的性质。”^{[9](595)}美国最高法院在涉及参政权限制的审查时亦判示,因攸关“政治程序”的顺畅与否,故其限制的目的必须具有“极其重要的国家利益”^⑤,且其限制措施与限制目的间必须具有紧密的逻辑关联性,同时合乎最小的必要的限制要求。美国因此对参政权限制采用严格审查标准。参照国外学说与判例,在招录公务员的资格限制中,因其中参政权所体现的法益的重要性大于劳动权所体现的法益的重要性,故对其审查应采取限制参政权时适用的严格审查标准。

芜湖市人事局依据《安徽省国家公务员体检标准》而作出的对张杰(因携带乙肝病毒)不予录取的具体行政行为是否合宪?首先必须考虑该人权规制的目的何在。此案的限制目的似乎是确保公务工作之正常履行,或者是保障社会健康人群的安全利益。对于该目的是否具有极其重要性,应取决于客观事实的判断而非主观臆断。毋庸置疑,公务员必须具备确保公务职责履行的身体素质,但乙肝患者是否必然不具有正常履行公务的心智和体力条件?依社会通常经验并不能得出肯定答案。我国卫生部制定的《病毒性肝炎防治方案(试行)》就明确指出,乙型肝炎表面抗原携带者,系指血液HBsAg阳性,但无肝炎症状、体征,各项肝功能检查正常,经半年观察无变化者。对这类携带者不按现症肝炎病人处理,除不能献血外,可照常工作和学习。从国外经验来看,也都否认乙肝携带者在劳动能力上的不同。如美国的残疾人或无能力人法案保护乙肝病人免遭歧视;韩国人权委员会将仅根据与工作能力无关的一纸医疗记录来决定一个人是否胜任一个职位的做法视为歧视。我国台湾地区也不把乙肝病毒携带作为不录用的理由^{[10](55)}。因而不能剥夺所有乙肝患者所有公职职位上的录用资格。再来看保障社会健康人群的安全利益是否合乎作为限制措施的正当理由。健康人群之身体安全利益诚然属宪法保护的极其重要的法益,但诸如“乙肝病毒携带者”将在何种程度和何种范围影响他人健康,不能仅在观念上推定他们具有必然的现实的危害性而对该类人群的公务员录用资格予以完全限制。政府必须依据医学知

识和技术手段,去发现这些疾病的发病原因、传染途径、治疗方法等,然后区分不同公务职位及不同病患程度的具体情况而作出符合最小侵害原则的限制。就本案中禁止录用携带乙肝病毒者为公务员而言,现代医学早有结论,乙肝的传染途径是通过血液、生育和唾液而传播。某些乙肝,如小三阳,传染性很小。世界卫生组织认为,即使饮用乙肝病毒携带者制作的饮料和烹调的食品,也不会对他人造成任何传染^[10](56)]。因此,禁止乙肝病毒者录用公务员以免传染其他公务员或其他公众,与政府欲达到的保障健康人群的安全利益没有紧密的逻辑关联。退一步而言,即使乙肝病毒携带者具有一定传染性,仍可通过预防手段有效防止未感染上乙肝病毒的公务员免于感染,例如,给他们注射疫苗。如上分析可见,政府的限制措施已造成乙肝患者劳动权和参政权的重大宪法权益的过度的不当侵害,即便政府具有限制目的的合法性,但因所采取的限制措施与限制目的间不具有紧密的逻辑关联性和违反“合乎最小的必要的限制”原则而仍然无法通过严格审查基准的检验,故这种限制措施不合宪。

注释:

① 通说认为国民参政权是个人自由在国家中以及参与国家意志行为的行使,其内容包含人民服公职、应考试与行使参政权之行为等。参见陈慈阳:《基本权核心理论之实证化及其难题》,翰芦图书出版有限公司1997年6月版,第59-60页。

② 参见:BverfG, I, 16。

③ 美国根据不同的宪法权利分别适用类型化多元标准,即严格审查、中度审查与合理审查等密度不一的标准,这些标准在释义结构上

蕴含了比例性之原则且有操作简便的优势(台湾大法官许宗力形象地将美国式的多元标准称为“单点式”。参见许宗力:《比例原则与法规违宪审查》,载《战斗的法律人-林山田教授退休祝贺论文集》,元照出版有限公司,第224页。),而德国的所有自由权利(平等权除外)一体性适用比例原则,每一个案皆须次第接受三个下位原则的检验。(许大法官称之为“套餐式”。而黄昭元教授则认为德国式比例原则混合使用了适合性与必要性两种宽严不一的要求;必要性原则的适用其实已吸收适合性原则的要求。参见黄昭元:《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元标准模式的比较分析》,《台大法学论丛》第33卷第3期,第125页。)

④ 关于立法目的审查的重要性与必要性,可参见黄昭元:《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元标准模式的比较分析》,《台大法学论丛》第33卷第3期,第126页。

参考文献:

- [1] 沈武,凌峰.安徽芜湖“中国乙肝歧视第一案”上午一审宣判[J/OL]. <http://www.sina.com.cn/2004-04-02>.
- [2] 全国第一起因“乙肝歧视”引发的行政诉讼[N]. 检察日报, 2003-11-24.
- [3] 殷啸虎,李莉.对“乙肝歧视”一案的宪法学分析[EB/OL]. <http://www.calaw.cn/2004-02-26>.
- [4] 林来梵.从宪法规范到规范宪法-规范宪法学的一种前言[M]. 北京:法律出版社,2001.216.
- [5] 张千帆.宪法学导论:原理与应用[M]. 北京:法律出版社,2004.474.
- [6] 李惠宗.宪法要义[M]. 台北:元照出版公司,2001.125.
- [7] 吴庚.宪法的解释与适用[M]. 台北:三民书局,2004.175.
- [8] 阿部照哉.周宗宪,译.宪法基本的人权[M]. 台北:元照出版公司,2001.69.
- [9] 小林直树.宪法讲义[M]. 东京:东京大学出版会,1980.595.
- [10] 韩大元.中国宪法事例研究(一)[M]. 北京:法律出版社,2005.55-56.

On the first case of HBVER discrimination in the view of jurisprudence

HE Yonghong

(School of law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: The case of HBVER discrimination contains abundant constitutional problems. Scholars keep different opinions about it. The concerning constitutional rights in the case are the combination of labor right and suffrage, which are both under the protection of the constitutional equality principle. It's proper to refer to the strictive scrutiny standard performing in American court to judge the constitutional case. The restrict measures imposed on the HBVERs can't go through the constitutional test under the standard of strict scrutiny.

Key words: HBVER discrimination; constitutional right; constitutional judgment

[编辑:苏慧]